

VIII CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"
"IL DIRITTO COMMERCIALE VERSO IL 2020: I GRANDI DIBATTITI IN CORSO, I
GRANDI CANTIERI APERTI"

Roma, 17-18 febbraio 2017

ELISABETTA CODAZZI

**Le "nuove" società *in house*: controllo cd. analogo e assetti organizzativi
tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe".**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La società *in house* e la questione della sua natura giuridica.-
3. Gli elementi identificativi della società *in house* di cui all'art. 16 t.u.: a) la partecipazione
dei privati.- 4. (segue): la prevalente destinazione dell'attività.- 5. Il controllo cd. analogo.-
6. (segue): il controllo cd. analogo "congiunto".- 7. L'art. 1, comma 3, t.u., come "tappa
finale" dell'evoluzione in senso privatistico della disciplina sulle società a partecipazione
pubblica.- 8. I principi della legge delega: la "proporzionalità delle deroghe".- 9. (segue):
il criterio dell' "operatore di mercato".- 10. Le implicazioni sulla configurazione
(privatistica) della società *in house*.- 11. (segue): gli spunti derivanti dalla sua
assoggettabilità a fallimento *ex art.* 14 t.u.- 12. (segue): gli spunti derivanti dalla sua
soggezione alla giurisdizione contabile *ex art.* 12.- 13. I corollari in tema di configurazione
statutaria del controllo cd. analogo nelle s.p.a.- 14. (segue): il passaggio attraverso gli
organi sociali.- 15. I corollari in tema di controllo cd. analogo nelle s.r.l.- 16. Dal controllo
cd. analogo all' "attività" di direzione e coordinamento.- 17. (segue): - 18. Conclusioni.

1. Premessa.

Il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al
d.lgs., n. 175/2016 (qui di seguito t.u.), in coerenza con la legge delega
(che, ai sensi dell'art. 18, comma 1, invitava il legislatore a tener conto,
nella futura disciplina delle società partecipate, della "*distinzione tra tipi*"),
ha introdotto una serie di previsioni specificamente dedicate alle società
cd. *in house*, volte, da un lato, a definire- sulla scorta di consolidati
orientamenti interpretativi ¹- le modalità di affidamento (diretto) del
servizio e le condizioni che lo consentono, e, dall'altro, a rendere
compatibile la normativa sulle società di capitali con l'"assetto
organizzativo" caratterizzante tale peculiare figura societaria ².

¹ Per una aggiornata esposizione degli orientamenti giurisprudenziali in tema di società
in house, sia consentito rinviare a CODAZZI, *Società in house providing*, in *Giur.comm.*,
2016, II, 953 ss.; sul tema alla luce della disciplina del testo unico, si vedano, in
particolare, DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 1040 ss.;
PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, Milano, 2016, 1 ss.

² Come noto la Corte Costituzionale, sent. 25 novembre 2016, n. 251, in
www.dirittodeiserviziubblici.it, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune

A tal fine, il legislatore, consentendo all'autonomia statutaria di derogare ex art. 16, comma 2, le norme che regolano a livello codicistico la ripartizione di competenze tra soci ed amministratori (onde consentire l'esercizio del controllo cd. analogo, che dell'*in house* costituisce cifra caratterizzante), affronta il "principale nodo sistematico"³ della materia, ma non lo risolve, lasciando all'interprete il delicato compito di provvedervi⁴.

Resta irrisolta (e, a ben vedere, neppure affrontata), la questione di fondo relativa alla qualificazione giuridica di tale fattispecie (la cui "anomalia" rispetto ai principi di diritto societario vigenti nel nostro ordinamento è stata ben colta, nei termini che si vedranno, dalla nota Cassazione, sez. un., n. 26283/ 2013⁵).

Tra i molteplici profili della materia che quindi meriterebbero di essere approfonditi, in questa sede ci si soffermerà sulla peculiare fattispecie del controllo cd. analogo e sull'individuazione dei suoi legittimi confini, questione che presuppone l'analisi di quei principi del testo unico e della legge delega, che paiono fornire le coordinate essenziali al fine di correttamente delimitare l'ambito delle deroghe al diritto societario ex art.

disposizioni della legge delega, n. 124/2015, nella parte in cui prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi "previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata". Tale pronuncia non pare però determinare l'immediata caducazione delle disposizioni del testo unico, come chiarisce la stessa Corte, precisando che "Le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione". Nello stesso senso, anche Cons.Stato, Adunanza della Commissione speciale del 9 gennaio 2017, n. 2371.

³ In questi termini, DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1040.

⁴ La necessaria correlazione tra ammissibilità della partecipazione societaria dell'ente pubblico e sua incidenza sul governo societario è stata di recente sottolineata da Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2016 n. 4688, in www.dirittodeiservizipubblici.it, che, appunto, precisa come, il discrimine su cui si basa l'obbligo di dismissione delle partecipazioni sociali di cui all'art. 3, comma 27, legge n. 244/2007, non è tanto l'oggetto sociale, "quanto l'entità concreta della partecipazione o dei particolari poteri e diritti, vale a dire la capacità per l'ente di assicurarsi un'incidenza determinante sul governo della società partecipata: in particolare se questa partecipazione -eventualmente insieme o in alternativa a speciali diritti di socio o riserve di amministratore, ovvero a particolari rapporti contrattuali tra la società e l'amministrazione pubblica partecipante -sia tale da consentire all'ente pubblico di governare verso quei fini la società partecipata o meglio la sua attività, in ipotesi anche sulla base di caratterizzazioni esterne di matrice pubblicistica e derogatorie degli ordinari dispositivi di funzionamento propri del modello societario definito dal Codice civile (...)".

⁵ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, par. 4.3., in *Giur.comm.*, 2014, II, 5 ss., con nota di IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, e, ivi, 2015, II, 236 ss., con nota di CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, cui sia consentito rinviare.

16, comma 2, lett. a) t.u., e quindi di interpretare correttamente la relativa previsione.

E' necessario, inoltre, chiedersi, più in generale, se l'intervento del legislatore abbia realmente eliminato l'incompatibilità di fondo sussistente tra l'*in house* e i principi del nostro ordinamento societario⁶. A tal riguardo, se si considera che, le stesse previsioni del testo unico, come avremo modo di verificare, portano a ricondurre le società a partecipazione pubblica, comprese - sia pure con qualche apparente incoerenza- le società *in house*, nell'alveo del diritto societario generale e le assoggettano, salvo espresse deroghe di legge, alla relativa disciplina, pare che detto contrasto, non solo persista, ma ne risulti addirittura accentuato.

2. La società *in house* e la questione della sua natura giuridica.

La società *in house*, come noto, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza, avrebbe della società solo la forma esteriore, costituendo, in realtà, un'articolazione in senso sostanziale della pubblica amministrazione da cui promana e non un soggetto giuridico ad essa esterno e da essa autonomo⁷.

Una tale configurazione, che trova le proprie origini nel diritto comunitario, si giustifica in base al fatto che solo quando la società affidataria è interamente partecipata dall'ente pubblico, esercita in favore del medesimo la parte più importante della propria attività ed è soggetta al suo controllo in termini analoghi a quello in cui si esplica il controllo gerarchico dell'ente sui propri stessi uffici, non sussistono esigenze di concorrenza e quindi si può escludere il preventivo ricorso a procedure di evidenza pubblica⁸.

Tale fenomeno giuridico, come precisa la nota sentenza della Cassazione, sez.un., 28283/13, risulta però anomalo per il nostro ordinamento, non solo in quanto le società *in house* sono "società di capitali non destinate (se non

⁶ Si veda anche GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir.ec.*, 2013, 87, secondo cui "una relazione *in house* tramite l'uso di società di capitali è, con ancor maggior chiarezza, oggi irrealizzabile, perché in irrisolvibile contrasto con l'ordine pubblico societario (...)".

⁷ Tra le ultime pronunce in tal senso, Cass. civ., sez. II, 14 marzo 2016, n. 4938, in *Dir. & Giust.*, 2016, 15 marzo 2016; Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Giur.it.*, 2015, 1976; Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643, in *Foro amm.*, 2015, 3101; Corte Cost., 20 marzo 2013, n. 46, in *Foro it. C.D.S.*, 2013, 2285; T.A.R. Roma (Lazio), sez. II, 17 giugno 2016, n. 7032, in www.iusexplorer.it.

⁸ Tra tutte, si veda la famosa sentenza cd. *Teckal*, Corte Giust. CE, sez. V, 18 novembre 1999, causa C- 107/98, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2000, 1393 s., che per prima tratteggia i connotati dell'*in house providing*; tra le più recenti in tal senso, Corte Giust. UE, sez. V, 8 maggio 2014, causa C-15/13, in *Foro it.*, 2015, 40.

in via del tutto marginale e strumentale) allo svolgimento di attività imprenditoriali a fini di lucro, così da dover operare necessariamente al di fuori del mercato”, ma soprattutto per l’estrema difficoltà di conciliare con la configurazione della società di capitali (intesa come persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa agisce) una fattispecie che, invece, si caratterizza per “la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell’ente pubblico titolare della partecipazione sociale”⁹.

I suoi organi sociali, in quanto assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, non potrebbero perciò essere considerati titolari di un mero “*munus*” privato, ma risulterebbero legati a quest’ultima da un vero e proprio rapporto di cd. servizio, non diversamente da quanto vale per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall’ente pubblico¹⁰.

La stessa società *in house*, infine, sarebbe addirittura priva di quell’autonomia giuridica che caratterizza qualsiasi altra società di capitali (“*(i)l velo che normalmente nasconde dietro la società è quindi squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva*”; l’uso del vocabolo “società” starebbe a significare solo che “*ove manchino più specifiche disposizioni in senso contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare*”)¹¹.

Recentemente il Consiglio di Stato, in sede di adunanza della Commissione speciale, ha ricordato come sulla natura giuridica dell’*in house* sussistano essenzialmente due orientamenti, l’uno, che qualificandolo come mera articolazione interna della pubblica amministrazione, lo assoggetta (sia pure con i necessari adattamenti) al regime delle pubbliche amministrazioni e l’altro che, considerandolo come persona giuridica di diritto privato, ne afferma invece la riconducibilità al regime privatistico (salvo le “deroghe” operanti per tutte le altre società partecipate)¹². Qualunque sia la prospettiva seguita, conclude il Consiglio di Stato, è indubbio che la società *in house* conservi “*una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato*”¹³.

⁹ Par. 4.2.

¹⁰ Par. 5.

¹¹ Par. 4.3.

¹² Cons. St., Ad. Commissione speciale, 16 marzo 2016, n. 438, par. 7.

¹³ Cons. St., Ad. Commissione speciale, 16 marzo 2016, n. 438, par. 7.

Si rende allora necessario verificare la questione della qualificazione giuridica della società *in house*, nonché la “resistenza” della ricostruzione giurisprudenziale prospettata, alla luce dei nuovi sviluppi legislativi, che, invece, sembrano suggerire diverse conclusioni.

3. Gli elementi identificativi della società *in house* di cui all’art. 16 t.u.: a) la partecipazione dei privati.

Al fine di meglio comprendere le considerazioni che seguiranno, è necessario soffermarsi brevemente sugli elementi costitutivi delle società *in house*, definite, ai sensi dell’art. 2, comma 1, lett. o), come “*le società per le quali sono soddisfatte le condizioni di cui all’art. 5, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016*”¹⁴.

Lo stesso testo unico ne individua quale finalità tipica l’ “*autoproduzione di beni o servizi strumentali all’ente o agli enti pubblici partecipanti (...)*” (art. 4, comma 2, lett. d)) e stabilisce che essa debba avere quale “*oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2*” (comma 4).

In coerenza con quanto previsto dalla direttiva 2014/24/UE (art. 12, comma 1, lett. c) e dal cd. codice appalti (art. 5, comma 1, lett. c)), ma a differenza di quanto, invece, emerge dal consolidato orientamento della giurisprudenza interna e comunitaria (che considera la presenza di privati nelle società *in house* fonte di ingiusto vantaggio concorrenziale per costoro¹⁵), il testo unico considera ammissibile la partecipazione privata,

¹⁴ L’art. 5, comma 1, d.lgs., n. 50/2016, che recepisce sostanzialmente la definizione di cui all’art. 12 della direttiva 2014/24/UE (di seguito direttiva cd. “appalti”), stabilisce che “*Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un’amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell’ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*

a) *l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;*

b) *oltre l’80 per cento delle attività della persona giuridica controllata e’ effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;*

c) *nella persona giuridica controllata non vi e’ alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformita’ dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.*

¹⁵ Nell’ambito della giurisprudenza comunitaria, mentre una prima pronuncia ha stabilito l’illegittimità dell’affidamento diretto anche quando una società, pur non essendo partecipata da privati, ne preveda nello statuto un loro possibile ingresso (Corte Giust. CE, grande sezione, 21 luglio 2005, C-231/03, in *Racc.*, 2005, I, 7287, caso cd. *Coname*), una più recente decisione ha, invece, precisato che una possibile apertura ai privati non è di per sé preclusiva dell’affidamento diretto, dovendosi valutare il caso

come desumibile *a contrario* dall'art. 16, comma 1, t.u., secondo cui la società *in house* può ricevere affidamenti diretti dalle amministrazioni che esercitano su di essa il controllo analogo (...) "*solo se non vi è partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata*"¹⁶.

In altri termini, la partecipazione privata è ammissibile solo se non sia di maggioranza (ovvero di controllo) o se, pur di minoranza, non si riveli decisiva (attraverso il possibile esercizio di poteri di veto).

Una tale previsione pare contenere delle indicazioni significative in merito all'individuazione degli interessi rilevanti nell'ambito di tale fattispecie, posto che l'ingresso, anche potenziale, di soggetti privati nella società *in house* impedisce di identificarla completamente con l'ente pubblico che la controlla e quindi di concepirla come mero strumento nelle sue mani.

E ciò, a maggior ragione, se si considera che, come meglio si preciserà, la previsione di cui all'art. 1, comma 3, t.u., porta in linea di principio a riconoscere ai soci privati gli stessi diritti (patrimoniali e amministrativi) ad essi spettanti in base al diritto comune (cfr. § 6).

4. (segue): la prevalente destinazione dell'attività.

concreto (Corte Giust. CE, sez. III, 10 settembre 2009, C- 573/07, caso *Sea s.r.l.*, in *Giorn.dir.amm.*, 2010, 127; si veda anche Corte Giust. CE, sez. II, 17 luglio 2008, causa C-371-05, in *Giur.comm.*, 2009, II, 5 ss., secondo cui non violerebbe il diritto comunitario l'affidamento diretto ad una società a partecipazione pubblica totalitaria, poi gradualmente interamente ceduta ai privati, se al momento dell'affidamento erano presenti tutti i presupposti dell'*in house*). In ogni caso, se il rapporto tra un'autorità pubblica ed i suoi servizi si ispira ad esigenze ed obiettivi di interesse pubblico, diversa è, invece, la logica che muove il socio privato e, di conseguenza, l'affidamento diretto di appalti o concessioni alla società *in house* partecipata anche da privati sarebbe contrario ai principi di concorrenza, in quanto offrirebbe a costoro un ingiusto vantaggio a discapito di altri (in tal senso, si veda la pronuncia, Corte Giust. CE, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, caso cd. *Standt Halle*, punti 49 e 51, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 271 ss.) Le stesse conclusioni sono state fatte proprie dalla nostra giurisprudenza: in tal senso, Cons. St., sez. V, 11 settembre 2015, n. 4253, in *Foro amm.*, 2015, 2264; Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2260, cit.; Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5079, ivi, 2014, 2547; in senso contrario, però, Cons. St., sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298, in *Giur.it.*, 2015, 1976.

¹⁶ La direttiva 2014/24/UE, pur ribadendo la regola generale secondo cui "*l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti*" (considerando 32), ammette l'ingresso di privati in via d'eccezione *ex art. 12, comma 1, lett. c)*, purchè ciò sia previsto dalla legislazione nazionale ed avvenga in conformità del Trattato e sempre che ai privati non siano riconosciuti poteri di controllo o di veto.

Ulteriore elemento caratterizzante la fattispecie della società *in house* è quello della prevalente destinazione dell'attività da essa svolta a favore dall'ente pubblico affidante¹⁷.

La valutazione della "prevalenza", secondo una parte della giurisprudenza, non dovrebbe essere svolta in termini meramente quantitativi (relativi, ad esempio, al fatturato e alle risorse economiche impiegate), ma renderebbe necessario considerare anche gli aspetti qualitativi, nonché la prospettiva economica in cui l'attività accessoria eventualmente si ponga¹⁸.

Il testo unico, viceversa, stabilisce, in linea con quanto prescritto dalle direttive comunitarie¹⁹, che gli statuti delle società *in house* debbano prevedere che "oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci"²⁰, ma, innovando rispetto ad esse, consente che "la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economia di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società"²¹.

Anche in tal caso, la prospettiva di una sia pur limitata apertura della società *in house* al mercato o comunque la possibilità di destinare parte della propria attività a soggetti diversi rispetto all'ente pubblico affidante sembra presupporre una sua attitudine ad essere gestita secondo la logica

¹⁷ Tra le altre, Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit., par. 4.2, secondo cui l'eventuale attività accessoria, comunque ammissibile, dovrà rivestire "una valenza meramente strumentale rispetto alla prestazione del servizio economico generale svolto dalla società in via principale".

¹⁸ Così, Corte Cost. 23 dicembre 2008, n. 439, in *Foro it.*, 2009, 1314; Corte Giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006 C-340/04, caso cd. *Carbotermo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 841 ss.

¹⁹ La necessità di adottare un criterio meramente quantitativo sembrerebbe richiesta dall'art. 12, par., lett.b), della direttiva cd. "appalti", secondo cui "oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi".

²⁰ Il mancato rispetto di tale limite quantitativo costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c. (art. 16, comma 4, t.u.), irregolarità che può comunque essere sanata se, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, la società rinunci a una parte dei rapporti di fornitura con i soggetti terzi ovvero agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti (comma 5).

²¹ Sottolinea a tal riguardo, Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016, n. 438, par. 14, come le direttive comunitarie abbiano posto un chiaro limite quantitativo (non invece individuato dalla giurisprudenza comunitaria), ma non la possibilità di svolgere attività *extra moenia*, consentita invece dall'art. 16, comma 4, a condizione che si possano conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza: posto che tale prescrizione non è prevista dal legislatore e dalla giurisprudenza europea, il Consiglio di Stato, pur apprezzando "l'intento di garantire un atteggiamento virtuoso", ne aveva proposto l'eliminazione.

efficientistica, che è tipica di qualsiasi attività imprenditoriale volta al perseguimento di un fine di lucro²².

5. Il controllo cd. analogo.

Elemento centrale della fattispecie *in house* è, come noto, la figura del controllo cd. analogo, il quale si caratterizza per la particolare incisività, effettività e concretezza del suo esercizio²³.

Come chiarisce la stessa giurisprudenza comunitaria, infatti, esso si manifesta con un'intensità tale da risultare incompatibile con la presenza di "ampi poteri di gestione" da parte dell'organo amministrativo, in tal modo delineando un rapporto di subordinazione gerarchica tra esso e l'ente pubblico socio²⁴.

Gli stessi principi sono stati recepiti dalla nostra giurisprudenza amministrativa, che, a sua volta, ribadisce come, ai fini dell'*in house*, sia necessario che, da un lato, il consiglio di amministrazione della società non abbia "rilevanti poteri gestionali" e, dall'altro, che l'ente pubblico controllante sia in grado di esercitare "poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale"²⁵.

²² In una prospettiva simile, PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, cit., 113 ss. (che considera tale previsione come "regola di efficienza", tale da poter superare l'idea che l'affidataria sia radicalmente esclusa dallo svolgimento di un'attività imprenditoriale a fine di lucro) e 136 (ove precisa che "L'attività ulteriore deve essere funzionale a quella oggetto dell'affidamento e la funzionalità può essere raggiunta anche con l'esercizio di un'attività lucrativa collaterale, che poi consenta di gestire meglio l'attività principale o di assorbire spese o di rendere l'attività principale più efficiente").

²³ In questi termini, Corte di Giustizia UE, sez. V, 8 maggio 2014, causa C-15/13, causa C-15/13, in *Foro it.*, 2015, 40, che sottolinea la necessità che il controllo cd. analogo sia "effettivo, strutturale e funzionale". Sul controllo analogo, in particolare, DONATIVI, *I "confini" (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, in *Giur.comm.*, 2014, 765 ss.; GUERRA, *Il "controllo analogo"*, in *Giur.comm.*, 2011, I, 774 ss.

²⁴ E si veda in questi termini il noto caso "*Parking Brixen*", Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, C-458/03, punto 67-68, secondo cui una previsione statutaria con cui si riservasse agli amministratori la « *facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale* » escluderebbe la presenza del controllo cd. analogo (in *Giur.comm.*, 2006, II, 777 ss., con nota di DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, ivi, 780 ss).

²⁵ Così, Cons. Stato, ad. pen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1119; Cons. Stato, sez. V, 26/08/2009, n. 5082, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1739; ma si veda anche la più recente pronuncia di Cons. Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro it.*, 2011, 365, che incidentalmente ribadisce l'idea che dallo statuto e dall'atto costitutivo si debbano evincere i poteri di direttiva e di controllo da parte del socio pubblico circa la finalizzazione della attività sociale ai fini istituzionali (cfr. punto 36.2). La stessa Corte costituzionale, dopo aver precisato che il controllo analogo è configurabile in mancanza di "un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante e affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo", ha altresì asserito che "ciò non significa che siano annullati tutti i poteri gestionali dell'affidatario *in house*, ma che la «possibilità di influenza determinante» è incompatibile con il rispetto dell'autonomia

Pertanto, il controllo cd. analogo avrebbe un *quid pluris* rispetto al mero controllo societario (anche fosse totalitario) ²⁶.

La più volte richiamata pronuncia delle sezioni unite della Cassazione ha, appunto, precisato come, in tale contesto, l'espressione "controllo" non starebbe ad indicare l'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è in grado di esercitare sull'assemblea della società, ma individuerebbe "un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti e alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale"²⁷.

Il controllo cd. analogo, pertanto, si differenzerebbe dalla direzione e coordinamento, in virtù della quale l'ente capogruppo avrebbe il potere di individuare le linee strategiche dell'attività di impresa, senza però mai giungere ad annullare del tutto l'autonomia gestionale della società controllata ovvero a compromettere il rispetto dell'interesse sociale da parte dei suoi amministratori ²⁸.

Allo stesso modo, il controllo cd. analogo non sarebbe assimilabile ai cd. "particolari diritti riguardanti l'amministrazione" di cui all'art. 2468, comma 3, c.c., proprio perché, mentre questi ultimi non sarebbero idonei ad instaurare un rapporto gerarchico tra i soci di s.r.l. e gli amministratori (restando sempre intatto in capo a questi ultimi il "primario dovere di perseguire l'interesse sociale, che conseroa pur sempre un qualche grado di

gestionale, senza distinguere - in coerenza con la giurisprudenza comunitaria - tra decisioni importanti e ordinaria amministrazione": così, Corte Cost., 20 marzo 2013, n. 46, , in *Foro it. C.D.S.*, 2013, 2285; si veda anche Corte Cost., 20 marzo 2013, n. 50, in *Foro it.*, 2013, 1377.

²⁶ Così già Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, C- 458-03, cit.; Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, C- 340/04, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 841 ss.

²⁷ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, par. 4.2., cit. In realtà, la giurisprudenza amministrativa sottolinea come ai fini dell'*in house* non sia tanto rilevante la presenza del controllo totalitario, quanto, piuttosto, quella di disposizioni che assicurano all'ente pubblico il ruolo di *dominus*: e in tal senso, T.A.R. Brescia (Lombardia), sez. II, 23 settembre 2013, n. 780, in *Foro amm.- T.A.R. (II)* 2013, 9, 2695; e anche T.A.R. Milano (Lombardia), 22 marzo 2012, n. 892, in *Foro amm.- TAR* 2012, 3, 693, il quale precisa che il controllo analogo deve ritenersi sussistente solo in presenza di un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato da parte dell'ente controllante-affidante, che consenta cioè a quest'ultimo di dettare le linee strategiche e di influire in modo effettivo ed immediato sulle decisioni dell'affidatario.

²⁸ In altri termini, se la disciplina della direzione e coordinamento è "volta a coniugare l'unitarietà imprenditoriale della grande impresa con la perdurante autonomia giuridica delle singole società agglomerate nel gruppo", altrettanto non potrebbe dirsi per la società in house "sia per la (...) subordinazione dei suoi gestori all'ente pubblico partecipante, sia per l'impossibilità stessa d'individuare nella società un centro d'interessi davvero distinto rispetto all'ente pubblico che la ha costituita e per il quale essa opera" (par. 4.3.).

autonomia rispetto a quello personale del socio”), la società *in house* rappresenterebbe una “*longa manus*” della pubblica amministrazione e non un’ “*entità posta al di fuori dell’ente pubblico*”²⁹.

6. (segue): il controllo cd. analogo “congiunto”.

Accanto al controllo cd. analogo individuale, il testo unico prevede anche la fattispecie del controllo cd. analogo congiunto, definito come “*la situazione in cui l’amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La suddetta situazione si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all’art. 5, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*” (art. 2, comma 1, lett.d)).

Quest’ultima previsione (conforme all’art. 12, par. 3, della direttiva cd. appalti) stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) *gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;*
- b) *tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;*
- c) *la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti”.*

Tale definizione, pertanto, incentra la nozione di controllo cd. analogo congiunto sulla partecipazione di tutte le amministrazioni agli organi decisionali della società *in house*, nonché sulla possibilità di esercitare un’influenza determinante sugli aspetti più rilevanti della relativa gestione, indipendentemente dalla quota di partecipazione al capitale (come, invece, richiesto da talune pronunce comunitarie)³⁰.

A questa stregua, il controllo analogo congiunto può ricorrere anche nel caso in cui il singolo ente pubblico abbia una partecipazione minoritaria o simbolica, purchè comunque sia dotato di specifici poteri di indirizzo e di controllo sulla società³¹.

²⁹ Par. 4.3.

³⁰ Vedi Corte di Giustizia UE, sez. III, 29 novembre 2012, C-183-11, in *Giorn.dir.amm.*, 2013, 495 ss., che invece richiede la partecipazione di tutte le amministrazioni sia al capitale che agli organi direttivi della società. In base all’art. 2, comma 1, lett. b), il controllo congiunto è configurabile nel momento in cui tutti i soci concorrano “all’unanimità” all’assunzione delle decisioni di carattere finanziario, gestionale e strategico rilevanti per la società.

³¹ Tra le ultime, T.A.R. L’Aquila, (Abruzzo), sez. I, 10 luglio 2014, n. 596, in *Foro amm.*, 2014, 2164.; T.A.R. Lombardia, I sez., 21 novembre 2013, n. 2588, in *Giur.it*, 2014, 1708 ss., che specifica come l’ente pubblico affidante deve partecipare al controllo effettivo della

La sussistenza di tale fattispecie di controllo deve essere, infatti, verificata secondo un criterio sintetico e non atomistico (è cioè sufficiente che “il controllo della mano pubblica sull’ente affidatario, purchè effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente”) ³². Nel caso in cui, invece, l’amministrazione aggiudicatrice abbia una posizione inidonea a garantirle la benchè minima possibilità di partecipare al controllo dell’entità posseduta in comune, non sarebbe integrata la relativa fattispecie e si aprirebbe la strada ad un’elusione del diritto europeo in materia di appalti pubblici e di concessioni di servizi ³³.

7. L’art. 1, comma 3, t.u., come “tappa finale” dell’evoluzione in senso privatistico della disciplina sulle società a partecipazione pubblica.

Al fine di correttamente inquadrare le problematiche che si andranno ad approfondire nel presente scritto, pare necessario ripercorrere brevemente quei passaggi, che, già prima dell’introduzione del testo unico, segnalavano un’evoluzione in senso privatistico della disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica ³⁴.

Nonostante la presenza di posizioni volte ad enfatizzare gli aspetti pubblicistici nella qualificazione del fenomeno e nella individuazione delle regole conseguentemente applicabili, le linee di tendenza dell’ordinamento paiono mostrare una certa coerenza, sia rispetto alla tendenziale equiparazione della società a partecipazione pubblica a

società affidataria “almeno in proporzione al peso relativo nell’ambito dell’insieme degli enti pubblici che congiuntamente controllano la società strumentale”. Si vedano anche Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970, in *Giorn.dir.amm.*, 2010, 280 ; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2009, n. 2765, in *Urb. app.*, 2009, 1104; Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365, in *Giorn.dir.amm.*, 2009, 530.

³² Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447, in *Urb.appalti*, 2011, 957; Cons. Stato, sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1881; Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970, in www.iusexplorer.it; Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1739; Cons. Stato, sez. V, 09 marzo 2009, n. 1365, in *Foro amm. CDS*, 2009, 730; T.A.R Genova (Liguria), sez. II, 8 febbraio 2016, n. 120, in www.iusexplorer.it, secondo cui ciò che rileva non è la configurabilità di un controllo totale ed assoluto di ciascun ente pubblico sull’intera società, ma il fatto che, in forza di idonei strumenti giuridici, ognuno di essi sia in grado di assumere il ruolo di *dominus* nelle decisioni operative rilevanti per il frammento di gestione relativo al proprio territorio.

³³ Corte di Giustizia UE, sez. III, 29 novembre 2012, cit.; Corte di Giustizia CE, 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname*, cit.

³⁴ Come noto, spunti significativi in tal senso erano già nella relazione al codice civile (ove si precisa che “(...) è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici”, con la conseguenza che “La disciplina comune delle società per azioni deve (...) applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente”): Relazione del Ministro Guardasigilli, n. 998.

qualsiasi altra società di capitali, così da assoggettarla, in linea di principio, alla medesima disciplina (in tal senso, già l'art. 4, comma 13, decreto 95/2012 ³⁵), sia nel senso di ridimensionare i "diritti speciali" attribuibili al socio pubblico, conformemente ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di *golden shares* ³⁶.

In quest'ottica, il nostro legislatore, come noto, ha dovuto procedere all'abrogazione dell'art. 2450 c.c., nonché alla riformulazione dell'art. 2449, comma 1, c.c., in quanto tali norme (consentendo allo Stato o ad altro ente pubblico di nominare uno o più amministratori o sindaci "senza alcuna partecipazione azionaria", ovvero senza la previsione di alcun limite o

³⁵ La previsione (secondo cui "Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali") è stata più volte considerata dal legislatore storico e dalla giurisprudenza norma di "interpretazione autentica", nonché, "di chiusura del sistema": si veda, in particolare, il parere del Comitato per la legislazione del Senato sul disegno di legge n. 5389 e Servizio Studi della Camera- Osservatorio legislativo e parlamentare, *Elementi di valutazione sulla qualità del testo e su specificità, omogeneità e limiti di contenuto del decreto legge*. Definisce tale disposizione "norma di chiusura" che "dovrebbe porre fine a questioni interpretative sul regime speciale o ordinario delle società di cui alla fattispecie" Regione siciliana, circolare 29 agosto 2012, prot. n. 5444, *Questioni applicative nell'ordinamento regionale dell'art.4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135*. In quest'ultimo senso anche, Cass., 13 maggio 2013, n. 11417, in *Giur.it.*, 2013, 1243, che attribuisce a tale norma "un significato interpretativo confermativo"; tale pronuncia è stata ripresa da Cass., sez. lav., 6 febbraio 2014, n. 2762, e Cass., sez. lav., 30 ottobre 2013, n. 24524, entrambe reperibili su www.cassazione.it; nel senso di rinvenire in tale disposizione una conferma in senso privatistico della società in mano pubblica, anche Cass., sez.un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.; da ultimo in tal senso, Cass., sez. VI, 4 gennaio 2016, n. 1, in www.iusexplorer.it; nello stesso senso, tra le altre, Cass., sez. I, 15 ottobre 2013, n. 23381, in *Giur.comm.*, 2014, II, 1011 ss.; Trib. Pescara, 14 gennaio 2014, in www.dirittodeiserviziubblici.it, 2014, secondo cui la legge non prevede "alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di servizi pubblici istituiti dall'ente locale", ribadendo come il contemperamento tra tutela dei creditori e necessità di efficiente gestione non vada ricercato in istituti di privilegio tipicamente previsti per gli enti pubblici.

³⁶ Tra le pronunce più significative in materia di *golden shares*, Corte giustizia UE, grande sezione, 23 ottobre 2007, C-112/05 (caso cd. "Volkswagen), in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2008, 1, 383, con nota di GOISIS, *La natura della società in mano pubblica tra interventi della Corte europea di Giustizia e del legislatore nazionale*; Corte Giust., UE, sez. I, 6 dicembre 2007, in causa C-464/04 (caso AEM), in *Giur.comm.*, 2008, II, 576, con nota di DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*; Corte Giust., UE, sez. III, 26 marzo 2009, C- 326/07, *ivi*, 2009, II, 629 ss., con nota di DEMURO, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri previsti dalla golden share*; e anche Corte Giust. UE, sez. I, 10 novembre 2011, C- 212/09, in *Foro amm.*, 2012, 4, 84; Corte Giust. UE, 8 luglio 2010 C-171/08, in *G.U.C.E.*, 2010 C-234, 4-4, punto 50; Corte Giust. UE, 28 settembre 2006 C-282/04 e C-283/04, in *Racc.*, 2006, I-09141, punto 20.

condizione), si ponevano quale fonte di un potere “ingiustificato” e “sproporzionato” a favore del socio pubblico ³⁷.

In linea con tale impostazione pare, del resto, anche l'intervento legislativo in materia di cd. “golden powers” (decreto legge 15 marzo 2012, n. 21), che, nell'attribuire al Governo italiano poteri speciali sugli assetti proprietari e sull'operatività straordinaria di talune imprese operanti nei settori economici strategici, si è astenuto dall'introdurre “congegni di diritto societario a contenuto “singolare” piegati ad esigenze pubblicistiche” ³⁸.

Punto di arrivo, rispetto alla qualificazione in senso privatistico delle società a partecipazione pubblica, è dato, infine, dal principio espresso dall'art. 1, comma 3, t.u., secondo cui “Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato” ³⁹.

L'impostazione fatta propria dal legislatore sembrerebbe quindi confermare l'idea (già anticipata da significative pronunce giurisprudenziali) per cui la mera partecipazione pubblica non è idonea ad alterare le caratteristiche tipologiche della società di capitali o a drasticamente mutare la natura degli interessi rilevanti per ogni altra società lucrativa, premessa da cui conseguirebbe il tendenziale riconoscimento, nei confronti dei suoi soci (pubblici e privati), di quegli stessi diritti (amministrativi e patrimoniali) che ad essi spetterebbero negli omologhi tipi societari a partecipazione privata ⁴⁰.

³⁷ Corte Giust., 26 marzo 2009, C- 326, cit.

³⁸ Si vedano in particolare, SACCO GINEVRI- SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Nuove leggi civ.comm.*, 2013, spec. 147 ss., che specificano come tali vincoli di carattere pubblicistico si esplichino il più delle volte all'esterno dell'impresa e delle sue dinamiche gestorie e finanziarie, che rimangono ispirate esclusivamente all'interesse sociale e imprenditoriale; FRENI, *Golden share: raggiunta la compatibilità con l'ordinamento comunitario?*, in *Giorn.dir.amm.*, 2013, 25 ss.; ARDIZZONE- VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur.comm.*, 2013, I, spec. 924 s. .

³⁹ Precisa Assonime, *Osservazioni allo schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (atto n. 297)*, 6/2016, 6, come il senso della disposizione è quello “di aggiungere vincoli solo laddove le regole di diritto comune e i vincoli già esistenti (...) sono insufficienti”.

⁴⁰ Sul fatto che l'interesse pubblico non sia idoneo ad alterare il tipo societario, conducendo alla configurazione di una società diversa da quella contemplata dal codice civile, Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016, cit., par 6.; si veda, Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574,, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 766 ss., che precisa come dopo la riforma del diritto societario del 2003 “l'interesse sociale non ha una connotazione omogenea e unitaria, in quanto confluiscono nell'assetto societario non solo interessi eterogenei che fanno capo ai singoli soci (...) ma anche interessi riferibili a soggetti terzi”. Per quanto riguarda la necessaria lucratività delle società a partecipazione pubblica, osserva Cass., sez. I, 12 aprile 2005, n. 7536, in *Soc.*, 2005, 985, come, “Una diversa conclusione vanificherebbe di fatto il valore della pubblicità legale, in materia, per la tutela delle aspettative dei

Nell'ottica del legislatore, inoltre, lo statuto della società a partecipazione pubblica non parrebbe ricavabile esclusivamente dalla meccanica applicazione delle disposizioni di diritto societario, ma- tramite il riferimento alle "norme generali di diritto privato"- potrebbe implicare il richiamo, oltre che di leggi speciali in materia civile e commerciale, anche di quei principi generali di efficienza e di concorrenza, che ispirano la conduzione di qualsiasi impresa privata e impediscono di avallare quei comportamenti antieconomici, che ben possono scoraggiare l'investimento dei privati nella società ⁴¹.

Tale lettura sembra, del resto, coerente con l'ulteriore previsione del testo unico, secondo cui "Le disposizioni contenute nel presente decreto sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica" (art. 1, comma 2).

8. I principi della legge delega: la "proporzionalità delle deroghe".

Se quella appena descritta è l'impostazione fatta propria dal legislatore a livello di regola generale, lo stesso art. 1, comma 3, t.u., consente di derogare al diritto societario comune, ma solo se ciò è espressamente previsto dal testo unico ("*p*er quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto").

Tale precisazione sembra implicare l'inammissibilità sia delle deroghe contenute in precedenti o diversi provvedimenti normativi sia, a maggior ragione, di quelle riqualificazioni- effettuate dalla giurisprudenza in diversi ambiti- della società in ente pubblico, in base al riscontro, nella concreta fattispecie, di indici sintomatici della sua pubblicità ⁴².

L'art. 1, comma 3, t.u., inoltre, deve essere letto in combinato disposto con quel "principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica" previsto dalla legge delega tra i suoi criteri direttivi (art. 18, comma 1, lett. a)), il quale parrebbe da intendere, innanzitutto, nel senso che le deroghe alla disciplina societaria sono ammissibili solo in quanto

terzi che entrano in contatto con la società; questi si vedrebbero esposti al rischio di contrattare con una società che persegue fini essenzialmente diversi da quelli desumibili dalla sua natura giuridica, come è definita dalla legge. Ciò vale anche per coloro che acquistano partecipazioni sociali: nel contrasto tra la natura giuridica dichiarata nella stessa denominazione sociale, e gli scopi sociali desumibili da una laboriosa ricostruzione delle modificazioni dello statuto, deve essere tutelato l'affidamento riposto nella prima".

⁴¹ La stessa scelta di assoggettare le società a partecipazione pubblica alle disposizioni del codice civile pare rispondere ai principi di economicità dell'azione amministrativa e alle esigenze di tutela della concorrenza (in quanto la prevalenza del diritto civile postula "l'eliminazione dei regimi di esclusiva e la piena espansione della concorrenza nel mercato"): Corte Conti, Sezione delle Autonomie, *Gli organismi partecipati degli enti territoriali*, deliberazione n. 24/2015, 31.

⁴² Anche sul punto Cons. St., Adunanza della Commissione speciale, cit., *sub* art. 1.

necessarie rispetto al fine pubblico che ne giustifica l'introduzione (prospettandosi, in caso contrario, una violazione della legge delega ex art. 76 Cost.), e, in secondo luogo, che, in presenza di diverse soluzioni astrattamente idonee a conseguire il medesimo risultato, deve essere privilegiata quella che meno si scosta dalla disciplina codicistica e dai principi generali dell'ordinamento societario⁴³.

9. (segue) il criterio dell' "operatore di mercato".

Uno spunto particolarmente interessante, al fine di valorizzare la dimensione imprenditoriale della società a partecipazione pubblica, nonché a riconoscerne l'essenzialità dello scopo lucrativo (affermazione sinora non scontata per una certa parte della dottrina⁴⁴), pare provenire da quella previsione della legge delega, secondo cui la "regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate" deve avvenire secondo i criteri di "parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato" (art. 18, comma 1, lett. l)).

L' "operatore di mercato" richiamato dalla norma pare, infatti, corrispondere a quella figura di "investitore privato, operante in normali condizioni di mercato"⁴⁵, ovvero, di "investitore in regime di mercato che persegue l'obiettivo della massima redditività dei propri investimenti" introdotta, come noto, dalla normativa europea in materia di aiuti di Stato⁴⁶.

Nella prospettiva del legislatore, perciò, la pubblica amministrazione, nel rapportarsi alla società partecipata, dovrà operare secondo una logica di profitto o, quantomeno, tendere alla remuneratività dell'investimento effettuato, come qualsiasi investitore privato⁴⁷.

⁴³ Tra le altre, per esempio, Corte Giust. CE, grande sezione, 23 ottobre 2007, cit., p.to 73.

⁴⁴ In tal senso, di recente, PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, cit., 72 ss. e 130 ss.; ritiene inderogabile la lucratività della società a partecipazione pubblica, in particolare, GOISIS, *Il problema*, cit., spec. 53 ss.

⁴⁵ Commissione CE, *Comunicazione relativa all'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato alla partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese*, in Boll. CE, 9/1984, 93.

⁴⁶ In tal senso, ad esempio, Decisione della Commissione, del 25 marzo 1992, relativa agli aiuti concessi dalla Spagna all'«Industrias Mediterráneas de la Piel SA» (Imepiel), in *Gazzetta ufficiale* n. L 172 del 27/06/1992 pag. 0076 - 0085.

⁴⁷ Secondo quanto precisato dalla Comunicazione citata, "non vi è aiuto pubblico quando, in occasione di nuovo capitale in imprese, tale apporto si verifica in circostanze che sarebbero accettabili per un investitore privato operante nelle normali condizioni di economia di mercato" (par. 3.2.). Più concretamente, come chiarito da Commissione Europea, *Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà*, Comunicazione 2014/C 249/01, par. 45 e 47, l'intervento dello Stato membro a sostegno delle imprese in difficoltà può avvenire previa presentazione di un "piano di ristrutturazione realistico, coerente e di ampia portata che ripristini la redditività a lungo termine del beneficiario", ovvero, una redditività realizzabile "(...) entro un lasso di tempo ragionevole e sulla base di ipotesi realistiche circa le condizioni operative future (...)", fermo

La stessa genericità del termine impiegato dalla norma (secondo cui i flussi finanziari rilevano *“sotto qualsiasi forma”* effettuati), unitamente al fatto che la medesima logica di razionalità economica sembra ispirare diverse disposizioni del testo unico (si pensi: all’art. 14, comma 5, t.u., che indica i casi in cui al socio pubblico è fatto divieto di erogare finanziamenti alla società partecipata in crisi ⁴⁸; all’art. 5, comma 1, che impone alla pubblica amministrazione di motivare *“le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria (...)”*; alla previsione dell’obbligo, posto a carico delle amministrazioni, di analizzare le partecipazioni detenute e di redigere i piani di razionalizzazione *ex artt. 20 e 26 t.u.*), sembrano avallare l’idea che il legislatore abbia in tal modo inteso delineare un parametro generale di comportamento, atto a regolare ogni rapporto economico tra la pubblica amministrazione e la società partecipata ⁴⁹.

Sebbene tali spunti richiedano degli ulteriori approfondimenti, che ne mettano a fuoco le implicazioni sul piano pratico e teorico, pare evidente che il riferimento al criterio dell’*“operatore di mercato”*, non solo rafforzi il principio di economicità dell’azione amministrativa di cui all’art. 97, comma 1, Cost. (secondo cui *“Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, assicurano l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”*), ma, grazie alla sua collocazione nella legge delega, assuma carattere vincolante, oltre che per il legislatore, anche per lo stesso interprete, nonché per la stessa pubblica amministrazione, che è quindi tenuta a valutare l’impatto economico delle proprie scelte sulla società partecipata.

10. Le implicazioni sulla configurazione (privatistica) della società *in house*.

restando che *“La redditività a lungo termine viene raggiunta quando un’impresa è in grado di fornire un adeguato rendimento del capitale investito dopo aver coperto la totalità dei suoi costi, compreso l’ammortamento e gli oneri finanziari. L’impresa dovrebbe essere in grado di competere sul mercato in base ai propri meriti”* (par. 52).

⁴⁸ Ai sensi dell’art. 14, comma 5, t.u. (che sostituisce la norma di identico contenuto di cui all’art. 6, comma 19, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, abrogata *ex art. 29, comma 1, lett. l)*), le amministrazioni pubbliche (così come individuate dall’art. 1, comma 3, legge 31 dicembre 2009, n. 196) non possono, salvo quanto previsto dalle norme in materia di riduzione del capitale al di sotto del limite legale *ex artt. 2447 e 2482-ter, c.c.*, effettuare *“aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate”* (con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito) che abbiano registrato *“per tre esercizi consecutivi” “perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali”*.

⁴⁹ Sulla portata generale di tale principio, si veda GOISIS, *L’ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, 6, del dattiloscritto consultato per gentile concessione dell’Autore.

La ricostruzione giurisprudenziale prospettata nei paragrafi precedenti circa la natura della società *in house* (quale articolazione della pubblica amministrazione) e del controllo cd. analogo (come fonte di un rapporto gerarchico tra ente pubblico ed amministratori) deve essere necessariamente rivista alla luce, sia di quelle disposizioni *ex art. 16*, comma 1, e comma 3, t.u., che, attribuendo rilevanza ad interessi ulteriori rispetto a quelli del socio pubblico ovvero enfatizzando la natura imprenditoriale della società *in house*, impediscono, come si è visto, una completa identificazione della stessa con l'ente pubblico, sia di quei principi dello stesso testo unico e della legge delega, i quali - come confermano da ultimo le sezioni unite, n. 24591/2016- avrebbero chiarito che le stesse società *in house*, al pari di tutte le altre società partecipate, sono sottoposte, salvo espresse deroghe di legge, al diritto societario generale *ex art. 1*, comma 3, t.u.⁵⁰.

Posto che le uniche deroghe in materia di *in house* sono, come di vedrà, quelle concernenti la limitazione dell'autonomia gestionale degli amministratori *ex art. 16*, comma 2, lett. *a*), e la sottoposizione della società *in house* alla giurisdizione contabile *ex art. 12*, comma 1, sotto tutti gli altri profili, non paiono consentite (neanche implicitamente) deviazioni significative dalla normativa generale delle società di capitali⁵¹.

Una diversa soluzione (che, invece, portasse a privare completamente la società *in house* di autonomia decisionale, se non addirittura giuridica) si porrebbe, del resto, in contrasto, oltre che con il testo unico, anche con i principi generali del diritto societario (tra tutti quello di tipicità *ex art. 2449* c.c.), pregiudicando così le ragioni, sia di quei soci privati che possono aver preso parte alla società, sia degli stessi terzi che, invece, abbiano fatto affidamento sulla natura societaria della fattispecie (stante l'iscrizione presso il registro delle imprese come società di capitali)⁵².

⁵⁰ Così, Cass., sez. un., 1 dicembre 2016, n. 24591, par. 3, in www.dirittodeiservizipubblici.it, che appunto precisa: "In siffatto contesto si può affermare che le società a partecipazione pubblica costituiscono, in ambito societario, una categoria nella quale sono comprese, in termini di specialità, le società (non solo partecipate, ma) controllate da enti pubblici e le società *in house*; sicchè il principio generale dettato dal citato 3° comma dell'art. 1 è destinato a valere anche per le società *in house*, ove non vi siano disposizioni specifiche di segno diverso. Ed una disposizione specifica per le società *in house* si rinvia nell'art. 12 che, come si è visto, riguarda la giurisdizione in tema di azioni di responsabilità degli organi sociali, non anche per quel che attiene alle controversie in materia di nomina o revoca degli organi sociali designati dal socio pubblico".

⁵¹ In questo senso anche, PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, cit., 22.

⁵² In questo senso, IBBA, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in A.G.E., 2015, 411; ID, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, a cura di Ibbas- Malaguti- Mazzoni, Torino, 2011; più in generale, ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in, *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2006, 74.

Pertanto, la società *in house* o è una società in senso proprio e quindi risponde ai requisiti di cui all'art. 2447 c.c. o non è una società.

11. (segue): gli spunti derivanti dalla sua assoggettabilità a fallimento ex art. 14 t.u.

Le conclusioni cui si è giunti nel precedente paragrafo paiono trovare rispondenza in ulteriori disposizioni del testo unico. In particolare, una presa di posizione forte del legislatore, rispetto al riconoscimento di una natura privata ed imprenditoriale delle società a partecipazione pubblica, è espressa dalla previsione che le assoggetta a fallimento e alle altre procedure concorsuali (art. 14, comma 1, t.u.)⁵³.

La riferibilità di tale norma alle società *in house* sembra trovare conferma, non solo nel dato letterale (posto che, tanto la rubrica della norma, quanto il suo testo, si riferiscono genericamente alle "società a partecipazione pubblica"), ma anche nelle intenzioni del legislatore (che, come precisa la relazione illustrativa, non ha inteso differenziare il regime delle società *in house* da quello di tutte le altre partecipate)⁵⁴.

Tale conclusione, è, inoltre, desumibile, *a contrario*, dallo stesso art. 14 t.u., comma 6, il quale precisa che "Nei cinque anni successivi al fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita": è evidente che, tra le società "titolari di affidamento diretto", non possono che essere ricomprese anche quelle *in house*⁵⁵.

Al di là della rilevanza pratica di tale soluzione, che consente di risolvere una delle questioni interpretative più controverse in materia, paiono interessanti le conseguenze che ne derivano, sia sul piano della qualificazione della fattispecie (posto che la soggezione a fallimento della società *in house* ne presuppone una natura di soggetto privato, nonché di imprenditore commerciale), sia sul piano della selezione degli interessi rilevanti (evidenziando come, nella disciplina della crisi di impresa, l'interesse pubblico conviva con altri interessi parimenti rilevanti, tra cui

⁵³ Sulla rilevanza sistematica di tale disposizione, sia consentito rinviare a GOISIS-CODAZZI, *La crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di Cerioni, Milano, 2017, 395 ss.

⁵⁴ Relazione illustrativa alla seconda bozza di testo unico (schema 297-bis), *sub art. 14*.

⁵⁵ Sul punto, GOISIS-CODAZZI, *La crisi d'impresa*, cit., 424 ss. Sulla soggezione a fallimento delle società *in house*, alla luce della disciplina di cui all'art. 14, commi 1 e 6, t.u., Cass., sez. un., 1 dicembre 2016, n. 24591, in www.dirittodeiservizipubblici.it; App. L'Aquila, 3 novembre 2016, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

quello dei soci privati- quando presenti- dei creditori sociali, ovvero del sistema economico nel suo complesso) ⁵⁶.

La stessa previsione di cui al comma 6, del resto, sembra espressiva di una più ampia filosofia legislativa, che si ritrova in altri provvedimenti, nonché in altri ambiti dello stesso testo unico, volta a sanzionare i risultati negativi della gestione sociale ⁵⁷.

Il divieto, previsto dall'art. 14, comma 6, t.u., di costituire o detenere partecipazioni in società aventi ad oggetto "*i medesimi servizi*" di quella fallita pare quindi riconducibile alla stessa idea di sanzionare l'incapacità imprenditoriale dell'amministrazione pubblica, in un'ipotesi in cui la società (*in house*) è sottoposta interamente al suo dominio e la possibilità per gli stessi amministratori di incidere sulle sue scelte gestionali, come si è visto, tende ad essere fortemente limitata⁵⁸.

In tal modo, il legislatore evidentemente si propone di incentivare le pubbliche amministrazioni a fare un corretto uso dei propri poteri sulla società controllata, scoraggiando, invece, quegli atti di *mala gestio*, che, non conformandosi al modello tipico dell' "*operatore di mercato*", sono idonei a condurla ad una situazione di insolvenza e quindi di fallimento.

⁵⁶ Sulla necessità di assoggettare a fallimento le società partecipate, si veda già Cass., 27 settembre 2013, n. 22209, in *Giorn.dir.amm.*, 2014, 489, secondo cui la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali- e quindi di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico- comporta che anche "*queste ultime assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dell'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e le stesse modalità*".

⁵⁷ Si pensi, ad esempio, all'art. 21 t.u., che, con riferimento alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche locali, titolari di affidamento diretto da parte delle stesse per una quota superiore all'80 % del valore della produzione, prevede che il conseguimento di un risultato economico negativo possa determinare una riduzione del compenso degli amministratori nonché costituire giusta causa di revoca, a meno che "*il risultato economico, benchè negativo, sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante*" (comma 3). Tale norma (che riproduce quella di cui all'art. 1, comma 554, legge, n. 147/2013) richiama la previsione dettata più in generale dall'art. 11, comma 6, che, appunto, prevede una correlazione tra la parte variabile della remunerazione e i risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente, altresì stabilendo che "*In caso di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell'amministratore, la parte variabile non può essere corrisposta*". Su questi aspetti, vedi anche Corte Conti, sez. autonomie, *Gli organismi partecipati dagli Enti Territoriali*, Relazione 2016, 102.

⁵⁸ Si veda la *Nota di lettura* dei Servizi del Bilancio del Senato, 16 maggio 2016, n. 134, 10, che precisa "*Al riguardo, con riferimento al comma 6, andrebbe valutato se il divieto di mantenimento di partecipazioni in società che gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita, in mancanza di riferimenti all'andamento economico delle società, non possa privare le amministrazioni pubbliche anche di possibili entrate nel caso tali società registrino utili e distribuiscano dividendi ai soci*".

12. (segue): gli spunti derivanti dalla sua soggezione alla giurisdizione contabile ex art. 12 t.u.

L'art. 12, comma 1, t.u., recependo risultati ormai consolidati presso la giurisprudenza di legittimità, in merito alla giurisdizione applicabile alle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali, effettua una distinzione tra le società *in house* e tutte le altre società, stabilendo che *"I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. E' devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2"*⁵⁹.

La scelta di far ricadere le azioni di responsabilità promosse nei confronti degli organi amministrativi e di controllo delle società *in house* nell'ambito della giurisdizione contabile potrebbe far sorgere il dubbio che il legislatore abbia inteso, in tal modo, richiamare l'attenzione sulla "sostanza" pubblica di tale fattispecie, se non, addirittura escluderne la natura societaria (data la mancanza di una netta separazione tra patrimonio della società e patrimonio del socio pubblico di controllo).

Una tale interpretazione non pare però sostenibile per diverse ragioni.

In primo luogo, sembra da escludere che, attraverso una norma dettata allo specifico fine di individuare la giurisdizione applicabile, il legislatore abbia inteso prendere posizione sulla natura giuridica della fattispecie, essendo, invece, più verosimile ritenere che una tale soluzione si fondi sulla considerazione della normale (e sino ad ora necessaria) appartenenza della totalità delle partecipazioni sociali all'ente pubblico, che quindi, sia pure in modo indiretto, sarebbe l'unico soggetto (socio) pregiudicato dal danno cagionato dagli amministratori al patrimonio sociale⁶⁰.

Del resto, le stesse Sezioni Unite, anche quando hanno sostenuto che le società *in house* costituiscono un'articolazione interna della pubblica amministrazione, hanno però avuto cura di precisare come tale ricostruzione rilevi al limitato fine del riparto di giurisdizione, non compromettendo, per ogni ulteriore aspetto, l'applicazione del diritto societario generale ⁶¹. D'altra parte, le stesse Sezioni Unite non hanno mancato di cogliere il carattere di profonda anomalia rispetto al diritto

⁵⁹ Precisa, invece, il comma successivo, che *"Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione"* (comma 2).

⁶⁰ In tal senso anche F. GOISIS, *L'ente pubblico come investitore privato razionale*, cit., 16.

⁶¹ Cass., sez. un., 1 dicembre 2016, n. 24591, par. 5, in www.dirittodeiservizipubblici.it; Cass., sez.un., 25 novembre 2013, n. 26283, par. 5, cit.

societario comune di tale modulo organizzatorio: che quindi consente, ai fini del riparto di giurisdizione, di superare l'autonoma personalità giuridica, ma non porta con sé una formale qualificazione pubblicistica. Una diversa spiegazione, che, invece, pretendesse di desumere dalla soggezione alla giurisdizione contabile una natura necessariamente pubblicistica della società *in house*, sarebbe incoerente con il quadro sistematico e normativo illustrato nei paragrafi precedenti, in base al quale, come si è visto, le deroghe al diritto societario risulterebbero ammissibili solo se espressamente previste da disposizioni del testo unico e non anche in quanto ricavate implicitamente dalle stesse ⁶².

13. I corollari in tema di configurazione statutaria del controllo cd. analogo nelle s.p.a.

Se, in base al quadro tracciato nei precedenti paragrafi, la società *in house* è sottoposta alle regole generali dell'ordinamento societario, diverse considerazioni potrebbero, invece, discendere dall'utilizzo della facoltà *ex art. 16, comma 2, lett. a)*, di derogare in via statutaria gli artt. 2380-*bis*, 2409-*novies*, c.c. (che, come noto, sia nel sistema tradizionale che in quello dualistico, attribuiscono la gestione dell'impresa "esclusivamente" all'organo amministrativo) ⁶³.

La previsione di tali deroghe (che parrebbero "in bianco" o di "secondo grado", in quanto, pur consentite dalla legge, sono completamente rimesse all'autonomia statutaria) necessita di essere opportunamente circoscritta, in quanto un uso non appropriato di tale opzione rischierebbe di favorire situazioni di inefficienza e di possibile abuso sulla società *in house*, in contrasto con quelle esigenze di concorrenzialità ed efficienza nella gestione delle partecipazioni pubbliche poste dallo stesso testo unico tra i suoi principi generali ⁶⁴.

⁶² In tal senso, si poneva in realtà già il principio di cui all'art. 4, legge, n. 70/75, secondo cui "nessun ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge".

⁶³ Su tale disposizione si è soffermato Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016, n. 438, par. 14, che, da un lato, ha ribadito il principio per cui il controllo analogo è incompatibile con il rispetto dell'autonomia gestionale della società *in house* e, dall'altro, ha, invece, rilevato come la previsione di una "mera facoltà di deroga al principio di cui all'art. 2380-*bis* c.c." da parte degli statuti societari "desta qualche perplessità, in quanto il mancato esercizio di tale potere manterrebbe ferma la riserva di gestione in capo agli amministratori in contrasto con la caratterizzazione delle modalità di funzionamento del controllo analogo". In assenza di una tale previsione legislativa, le clausole volte ad attribuire all'assemblea competenze decisionali su operazioni gestorie sarebbero *contra legem* e, pertanto, inefficaci: sul punto, ABRIANI, *Le società a partecipazione pubblica nell'osmosi tra diritto societario e diritto amministrativo: assetti proprietari, modelli di governance, operazioni straordinarie*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. I, Napoli, 2011, 198 s.

⁶⁴ Vedi PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, cit., 39, che appunto sottolinea come "(...) l'oppressione che deriverebbe dal controllo pubblico e dalla

A tal riguardo, si deve tenere presente, innanzitutto, come il socio pubblico, in virtù della sua partecipazione totalitaria o quasi totalitaria in società, sarebbe già in grado di influenzare le decisioni strategiche e/o significative per la società (rilevanti ai fini del controllo cd. analogo *ex art. 2, comma 1, lett. c), t.u.*⁶⁵), sicchè l'introduzione di previsioni statutarie *ex art. 16, comma 2, lett. a)*, può avere un senso solo se finalizzata ad attribuirgli dei poteri ulteriori rispetto a quelli che gli spetterebbero *uti socius*, purchè non giunga ad eliminare o a drasticamente compromettere l'autonomia decisionale dell'organo amministrativo, esito che parrebbe eccedere il principio di "*proporzionalità delle deroghe*" di cui alla legge delega.

La stessa previsione di cui all'*art. 16, comma 2, lett. a)*, sembra presupporre un rapporto di stretta strumentalità tra la deroga statutaria agli artt. 2380-*bis*, 2409-*novies*, c.c., e l'esercizio del controllo analogo (prevedendone l'introduzione "*Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1*") e, trattandosi di eccezione ad una regola generale, dovrà essere intesa in senso restrittivo (*ex art. 14 disp.prel. c.c.*)⁶⁶.

Entro questi limiti, il socio pubblico potrà quindi avocare a sé la decisione su operazioni strategiche o significative per la controllata, con conseguente limitazione dell'autonomia decisionale dell'organo amministrativo, che, invece, su tutte le altre materie gestionali avrà una competenza esclusiva nel pieno rispetto dell'*art. 2380-bis*⁶⁷.

Ma anche quando la competenza amministrativa sia limitata, in virtù della deroga *ex art. 16, comma 2, lett. a)*, essa non potrà essere mai del tutto esclusa, configurandosi semmai una competenza "concorrente" tra socio pubblico e i suoi amministratori su alcune specifiche materie. Tali conclusioni sembrerebbero discendere dalle stesse previsioni (di certo a loro volta non derogabili) di cui agli artt. 2364, comma 1, n. 5, e art. 2409-

degradazione della controllata affidataria ad ufficio della controllante avrebbe come conseguenza quella di abbassare il grado di efficienza e imprenditorialità, senza particolari benefici e, oltretutto, esponendo la controllata ad un'influenza e orientamenti anche politici, che in passato si sono manifestati ben più negativi che positivi".

⁶⁵ Nel senso che il controllo analogo, se ricondotto al diritto comune, non sembrerebbe diversificarsi in modo radicale da quel controllo che il socio totalitario o di maggioranza esercita sulla società controllata e in virtù del quale questi, come noto, è in grado di imporre le decisioni più significative sotto il profilo strategico ed imprenditoriale, anche PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, cit., 33.

⁶⁶ DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1073.

⁶⁷ Rilievi in tal senso anche in PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, cit., spec. 28 s., che appunto sottolinea come tale precisazione, che limita il controllo alle sole scelte principali della società, riduca l'ambito di intervento del socio pubblico, mentre, laddove esso sconfinasse nelle decisioni inerenti alla vita quotidiana, "si andrebbe al di là di quanto espresso e richiesto".

terdecies, c.c., che mantengono ferma la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti anche in presenza di legittime interferenze da parte degli organi sociali, nonché- si può ritenere- dei suoi stessi soci (di controllo) ⁶⁸.

La stessa conclusione sembra discendere dalla clausola *ex art. 2449*, comma 3, c.c., che, attribuendo agli amministratori di nomina pubblica “*gli stessi diritti ed obblighi*” degli amministratori nominati dall’assemblea, pare esprimere, più generale, il principio secondo cui il rapporto fiduciario tra gli amministratori e la mano pubblica non è atto a compromettere il rispetto della causa tipicamente lucrativa o l’oggetto sociale, né ad alterare in modo significativo le regole sull’organizzazione delle società di capitali ⁶⁹.

Pertanto, proprio perché nessuna norma sembrerebbe riconoscere una prevalenza dell’interesse pubblico sugli altri interessi, gli amministratori, in ogni loro scelta, saranno tenuti a valutare la compatibilità tra l’uno e gli altri, motivando in modo puntuale qualsiasi operazione condizionata dall’influenza del primo (artt. 2391, 2497-*bis*) ⁷⁰.

14. (segue): il passaggio attraverso gli organi sociali.

Una volta precisati i limiti delle deroghe *ex art. 16*, comma 2, lett. *a*), è necessario soffermarsi sulle possibili modalità di attuazione.

A tal riguardo, pare evidente che, quanto più il controllo pubblico transita attraverso l’assemblea, tanto più le relative scelte saranno trasparenti e le relative delibere impugnabili (se non dai soci privati- che potrebbero mancare o non essere in possesso delle percentuali di cui all’art. 2377, comma 1, c.c.- dall’organo di controllo) ⁷¹.

In tale prospettiva, l’assemblea potrebbe, non solo deliberare, ai sensi dell’art. 2364, comma 1, n. 5, sulle “*autorizzazioni eventualmente richieste*

⁶⁸ Sul punto, sia consentito rinviare anche per più completi riferimenti bibliografici a CODAZZI, *L’ingerenza nella gestione delle società di capitali tra “atti” e “attività”*, Milano, 2012, spec. 37 ss.

⁶⁹ Sulla necessità di un’interpretazione evolutiva del terzo comma, che tenga conto della riforma del diritto societario e della giurisprudenza sulle *golden shares*, DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., 406 ss., spec. 414. Sulla natura privatistica della nomina degli amministratori *ex art. 2449*, comma 1, c.c., trattandosi di un atto compiuto dall’ente pubblico *uti socius*, si veda l’orientamento delle sezioni unite, espresso, tra le altre, Cass., sez. un., 1° dicembre 2016, n. 24591, cit., che ne fa applicazione anche nell’ambito della società *in house*; Cass., sez.un. civili 3 ottobre 2016, n. 19676, in www.ilcaso.it; Cass., sez. un., 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Giur.it.*, 2015, 1914; si veda anche Cass. 15 ottobre 2013, n. 23381 in *Giur. comm.*, 2014, 1014 con nota di SALINAS, *Società di capitali a partecipazione pubblica, revoca di amministratori ed interesse sociale*.

⁷⁰ Si veda anche ABRIANI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 199 s.

⁷¹ Si veda sul tema, in particolare, IBBA, *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, in *Riv.soc.*, 2015, 95 ss.

dallo statuto per il compimento degli atti degli amministratori”, ma anche essere investita della decisione su specifiche materie determinate a livello statutario o sottoposte al suo esame dagli amministratori (come, del resto, prevedeva la stessa norma prima della riforma societaria)⁷².

Qualora la società adotti un sistema dualistico, invece, l’influenza determinante del socio pubblico pare potersi più facilmente esprimere attraverso il consiglio di sorveglianza, non solo in quanto tale organo è nominato dall’assemblea (e quindi dal socio pubblico di controllo), ma anche per il fatto che lo stesso- come previsto *ex art. 11, comma 3, t.u.* - assume compiti di cd. “alta amministrazione” (approvando operazioni strategiche, piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione ai sensi dell’art. 2409-*terdecies*)⁷³.

Neppure si potrebbe escludere, in realtà, che il controllo analogo possa realizzarsi attraverso poteri esercitabili dal socio pubblico in sede extrassembleare (ad esempio, tramite diritti di veto e/o voto sulle decisioni di carattere strategico o di rilevanza significativa per la società⁷⁴), purchè non superino quei limiti di “proporzionalità” (dei poteri e delle deroghe) già segnalati.

Gli stessi poteri di influenza sulla gestione possono, inoltre, derivare al socio pubblico dalla stipulazione di appositi patti parasociali e, in particolare, dai cosiddetti sindacati di gestione- ovvero quegli accordi tra soci appunto finalizzati ad orientare in vario modo l’operato degli amministratori- la cui ammissibilità, posta in dubbio da taluni per il possibile contrasto con l’art. 2380-*bis*, pare indirettamente confermata dallo stesso art 16, comma 2 (lett *a*)), che, tra l’altro, consente di attribuire ad essi

⁷² Per la tesi che riconosce, anche a seguito della nuova formulazione dell’art. 2364, comma 1, c.c., tale facoltà in capo agli amministratori, si vedano, in particolare, ABBADESSA, *La competenza assembleare in materia di gestione della s.p.a.: dal codice alla riforma*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2011, 21; ABBADESSA- MIRONE, *Le competenze dell’assemblea nella s.p.a.*, in *Riv.soc.*, 2010, 288; RESCIO, *L’assemblea e le decisioni dei soci*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, 96; MAUGERI, *Le deliberazioni assembleari “consultive” nella società per azioni*, *Le deliberazioni assembleari “consultive” nella società per azioni*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d’impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, vol. 1, 842 s. Ma, per uno spunto in senso contrario, si veda la Relazione al d.lgs. n. 6/2003 (“gli amministratori non possono, di propria iniziativa, sottoporre all’assemblea operazioni attinenti alla gestione sociale (...)” (in *Riv.soc.*, 2003, 122 s.).

⁷³ In tal senso, ABRIANI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 210; SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo delle società partecipate da enti pubblici*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Guerrera, Torino, 2010, 140; IBBA, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv.dir.civ.*, 2008, I, 571 ss.

⁷⁴ Vedi OCCHILUPO- ROMA, *Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un’analisi degli assetti di governance*, in *A.G.E.*, 2015, 508, che segnalano la diffusione nella prassi di simili clausole.

un carattere più stabile, data la possibilità di innalzare la durata quinquennale di cui all'art. 2341-bis (lett.c) ⁷⁵.

Infine, una previsione significativa e coerente con quanto si è sinora sostenuto pare quella di cui all'art. 11, comma 9, lett. d), con cui si stabilisce "il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società": sebbene il legislatore con tale disposizione abbia verosimilmente inteso riferirsi a quegli organi "atipici", che, in sede parasociale, la prassi utilizza per rendere stabile il controllo analogo (specie congiunto), essa sembrerebbe altresì contenere l'ulteriore divieto per l'autonomia privata di fare un uso atipico degli organi sociali, rispetto a quanto previsto dalla legge per le società di capitali ⁷⁶.

15. I corollari in tema di controllo cd. analogo nelle s.r.l.

Diverse considerazioni possono essere effettuate nell'ambito della s.r.l., la cui disciplina, basata sulla "centralità della persona del socio" e caratterizzata da un'ampia autonomia statutaria in svariati ambiti, ben si presta ad essere utilizzata nel contesto dell' *in house* ⁷⁷. Tanto è vero che in questa sede il legislatore non ha avvertito l'esigenza di introdurre delle deroghe all'autonomia gestionale dell'organo amministrativo, essendo diverse le opzioni che già consentono ai soci di esprimere la propria influenza in tale ambito.

In presenza di una disposizione quale l'art. 2479, comma 1, che consente ai soci di decidere "sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo", nonché "sugli argomenti che uno o più amministratori" (o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale) "sottopongono alla loro approvazione"), gli stessi avranno, infatti, la possibilità di decidere su materie di carattere amministrativo, così come impartire agli amministratori direttive (vincolanti o non vincolanti)⁷⁸.

⁷⁵ Per la liceità di tali patti nel contesto dell'*in house*, in particolare, LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in Benazzo- Cera- Patriarca, *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze, Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, 501.

⁷⁶ Si veda LUCIANI, "Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Riv.dir.comm.*, 2012, 750, che ritiene la costituzione di organi "atipici" inammissibile per contrarietà sia ai principi di cui all'art. 2449 c.c. sia all'art. 2380-bis, c.c.

⁷⁷ Si veda in particolare, COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur.comm.*, 2008, I, 627 ss.; sul fatto che la disciplina della s.r.l. si adatti particolarmente alle esigenze delle società a partecipazione pubblica, tra gli altri, IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv.soc.*, 2005, 1 ss..

⁷⁸ Sul tema, CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, in AA.VV., *Le decisioni dei soci, Le modificazioni dell'atto costitutivo*, Trattato delle società a responsabilità limitata, diretto da Ibba- Marasà, vol. IV, Padova, 2009, spec. 23 ss.

L'art. 16 comma 2, lett. b), dispone, in particolare, che gli statuti delle s.r.l. possano prevedere "l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti ai sensi dell'art. 2468, terzo comma, del codice civile"⁷⁹.

Attraverso tale opzione, il socio pubblico potrà quindi godere di "particolari diritti" in sede di distribuzione degli utili, ovvero, avere la facoltà di designare uno o più amministratori (anche al di là di quel criterio di proporzionalità tra numero degli amministratori e quota di partecipazione di cui all'art. 2449, comma 1, c.c.), nonché di esprimere il voto, il veto o di essere previamente consultato su particolari operazioni e/o decisioni dell'organo amministrativo⁸⁰. Né si può escludere che, tramite tale strumento, egli possa ampliare il suo controllo sulla gestione, al di là di quanto previsto dall'art. 2476, comma 2, c.c.⁸¹.

Sebbene l'art. 16, comma 2, lett. b), si riferisca ai soli soci pubblici (a differenza di quanto previsto dall'art. 17, comma 4, lett. b), in tema di società miste), pare che, qualora la società *in house* sia partecipata anche da soci privati, possa rivelarsi opportuna l'attribuzione anche a questi ultimi di "particolari diritti", onde evitare situazioni di disparità di trattamento tra gli uni e gli altri⁸².

Nonostante la flessibilità organizzativa della s.r.l., neppure in questa sede sembrerebbe che il controllo del socio pubblico possa spingersi sino al punto di privare completamente l'organo amministrativo della propria autonomia decisionale, ovvero, di imporre ad esso decisioni volte a pregiudicare una gestione redditizia della società, piuttosto che i diritti del socio privato, ipotesi per le quali potrebbe essere chiamato a rispondere ai

⁷⁹ Considera inutile tale previsione, in quanto già consentita dalla disciplina generale della s.r.l., PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, cit., 46; ipotizza, invece, DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1074 s., che tale previsione abbia il significato di consentire l'introduzione di "particolari" diritti diversi rispetto a quelli di cui all'art. 2468, comma 3, c.c., assoggettandoli alla medesima disciplina.

⁸⁰ Su cui COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, cit., 649 ss.; e più in generale per tutti SANTAGATA, *I diritti particolari dei soci*, in *S.r.l.*, Commentario, dedicato a G. Portale, Milano, 2011, sub art. 2468, 284 ss.

⁸¹ In tal senso, ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata, Il codice civile commentato*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2010, sub art. 2476, 1116.

⁸² Corte Giust., 6 dicembre 2007, cit., p.to 17, considerava, infatti, la precedente versione dell'art. 2449, comma 1, c.c., "una deroga al diritto societario comune nella misura in cui (...) non prevede(va) un'identica regola valida per tutti gli azionisti, segnatamente per gli azionisti privati". In quest'ottica, si potrebbero assegnare ai soci privati "particolari diritti", che, ad esempio, consentano loro di designare propri rappresentanti nell'organo amministrativo, di partecipare (attraverso il voto o veto) a talune decisioni gestorie, ovvero, di compensare la loro limitata capacità di incidere sulle scelte della società attraverso la previsione di particolari benefici di carattere economico.

sensi dell'art. 2476, comma 7 (qualora abbia "intenzionalmente deciso o autorizzato" atti dannosi per la società, i soci o i terzi) ⁸³.

Proprio per evitare il rischio di un coinvolgimento in responsabilità gestorie, con la conseguente produzione di danni erariali, l'art. 17 comma 4, lett. b), in tema di società miste, consente agli statuti delle s.r.l. di "derogare all'articolo 2479, primo comma, del codice civile nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci": se nella società *in house* la partecipazione del socio pubblico all'assunzione di decisioni gestionali è inevitabile- in quanto fisiologicamente connessa al controllo analogo- pare che la *ratio* della norma sopra richiamata debba essere comunque tenuta presente anche in questo contesto, onde evitare un uso improprio, da parte dell'ente pubblico, degli strumenti a sua disposizione per esercitare la propria influenza sulla società.

16. Dal controllo cd. analogo all' "attività" di direzione e coordinamento.

Un incentivo, al fine di rendere l'esercizio del controllo analogo conforme a criteri di efficienza e razionalità economica, pare provenire dalla disciplina in tema di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 s.s.

La soggezione dell'ente pubblico e quindi della società dallo stesso partecipata a tale normativa, benchè da taluni posta in dubbio, poteva sinora essere sostenuta sulla base di molteplici argomenti, di carattere sostanziale nonché sistematico⁸⁴.

In tal senso, rileva, innanzitutto, il carattere fattuale della direzione e coordinamento, ovvero il fatto che essa è oggetto di considerazione normativa sulla base degli effetti prodotti sulla società e indipendentemente dalla natura e dalle caratteristiche dei soggetti che la pongono in essere ⁸⁵.

In tal senso, depone, del resto, l'utilizzo *ex artt. 2497 ss.* dei termini "società" ed "enti"- per individuare i soggetti sottoposti alla direzione e coordinamento- che, data la loro genericità, ben possono essere riferiti agli

⁸³ In tal senso, anche PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, cit., 46. Prospetta il rischio di coinvolgimento in responsabilità del socio pubblico, tra gli altri, DE ACUTIS, *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo: il punto di vista del giuscommercialista*, in AA.VV., *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di Domenichelli, Padova, 2008, 54.

⁸⁴ Su tale tema sia consentito rinviare alle considerazioni svolte in CODAZZI, *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497, comma 1, c.c.*, in *Giur.comm.*, 2015, I,, 1041 ss.

⁸⁵ Il legislatore- come precisato dalla relazione di accompagnamento al decreto legislativo n. 6/2003- ha infatti posto "a base della disciplina il "fatto" dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento di una società da parte di un diverso soggetto, sia esso una società o un ente", ritenendo "che l'esercizio di una tale attività sia del tutto naturale e fisiologico da parte di chi è in condizione di farlo e che non implica, né richiede il riconoscimento o l'attribuzione di particolari poteri".

enti pubblici (economici e non economici), così come alle società da essi partecipate⁸⁶.

A questa stregua, non vi sarebbe allora ragione alcuna per cui un medesimo fenomeno, che oggettivamente presenta le stesse caratteristiche e produce gli stessi effetti (anche pregiudizievoli) sulla società, debba ricevere un diverso trattamento, a seconda che sia riconducibile ad un soggetto pubblico o privato⁸⁷.

Tali considerazioni, già di per sé significative, erano, inoltre, nel vigore della previgente disciplina, avvalorate sul piano sistematico e normativo, sia dalla già ricordata norma di "interpretazione autentica" ovvero di "chiusura del sistema" di cui all'art. 4, comma 13, d.l., n. 95/2013 (secondo cui, salvo espresse deroghe di legge, le disposizioni sulle società a partecipazione pubblica devono essere interpretate nel senso che si applica comunque la disciplina codicistica sulle società di capitali), sia da quei principi in materia di *golden shares*, in base ai quali l'esenzione del socio pubblico dall'applicazione degli artt. 2497 ss. avrebbe costituito ingiustificato privilegio nei suoi confronti.

Tali previsioni sembravano, già di per sé, rappresentare un ostacolo significativo rispetto all'idea che l'art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009 (con cui il legislatore ha chiarito che, ai fini dell'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c. "per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria) potesse esprimere un principio di carattere generale, idoneo a consentire un'estensione dell'esonero a tutti gli altri enti pubblici (e in particolare a quelli territoriali)⁸⁸.

⁸⁶ Così, tra gli altri, MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv.soc.*, 2007, 335; ROMAGNOLI, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2004, II, 216 s. Ritengono applicabile la disciplina della direzione e coordinamento all'ente pubblico, CIRENEI, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir.comm. int.*, 2005, 52 s.; OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv.dir.civ.*, 2005, II, 157 ss.; SBISA', in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di Sbisà, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti- Bianchi- Ghezzi- Notari, Milano, 2012, sub art. 2497, 71 ss.

⁸⁷ Rileva, in particolare, GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, Giappichelli, 2004, 574, come nulla si opponga all'integrale applicazione della disciplina della attività di direzione e coordinamento all'ente pubblico e all'attività della controllata, sia dal punto di vista della fattispecie dell'eterodirezione ("essendo fisiologica, e anzi doverosa, l'ingerenza sistematica dell'uno nella vita dell'altra) sia dal punto di vista degli scopi sottesi a tali regole.

⁸⁸ Così, CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv.dir.comm.*, 2010, I, 1193, secondo cui dalla norma si potrebbe desumere "la necessità di utilizzare un parametro teleologico nell'approccio alla disciplina della direzione unitaria da parte di un ente"; VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale, Ammissibilità e ambiti*,

Il testo unico- sebbene nella versione definitiva abbia eliminato la previsione che estendeva all'ente pubblico la responsabilità *ex art. 2497*, comma 1- in diverse disposizioni fa riferimento, sia pure incidentalmente, all'esercizio della direzione e coordinamento sulla società partecipata, così dando atto dell'appartenza di tale fenomeno alla fisiologia dei possibili rapporti tra quest'ultima e l'ente pubblico partecipante, nonché, addirittura, dei suoi effetti positivi sulla stessa ⁸⁹.

Del resto, il configurarsi della "situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile" (posta alla base della definizione di controllo di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), t.u.) implica, sino a prova contraria, il sorgere della presunzione di direzione e coordinamento *ex art. 2497-sexies*, c.c.⁹⁰. La stessa direzione e coordinamento, inoltre, può prospettarsi anche al di fuori della presunzione e, in particolare, discendere dall'esercizio di quel controllo congiunto che l'art. 2, comma 1, lett. b), t.u., ricomprende nella stessa nozione di controllo ⁹¹.

Pertanto, se da un punto di vista fattuale, non può negarsi che il controllo del socio pubblico possa dar luogo ad un'attività di direzione e coordinamento, tale conclusione sembra ulteriormente rafforzata dal testo

Milano, 2012, 195; MARTUCCI, *Profili di diritto singolare dell' "impresa"*, Milano, 2013, 190 s.

⁸⁹ Si veda in tal senso l'art. 17, comma 5, secondo cui la società mista "al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi" può essere soggetta alla direzione e coordinamento di altra società (la quale può essere a sua volta diretta dall'ente pubblico, ipotesi contemplata dal testo unico, che, appunto, definisce "partecipazione indiretta" ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. g), come "la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o di altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica"). Prevede inoltre l'art. 11, comma 11, che "Nelle società di cui amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto, non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere continuativo ovvero che lo nomina risponda all'esigenza di (...) favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento".

⁹⁰ Si veda in tal senso CAPRARA, *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Soc.*, 2008, 559, che, escludendo la rilevanza in questa sede della disciplina sul bilancio consolidato, considera invece utilizzabile il riferimento al controllo codicistico; nello stesso senso, GUERRERA, *Lo statuto*, cit., 574. Non reputa invece applicabile nel caso di specie la presunzione di cui all'art. 2497-sexies, Corte dei Conti, Corte dei Conti, Sezione delle autonomie, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali*, Relazione 2014, Roma 6 giugno 2014, 16, pur riconoscendo, invece, la possibile rilevanza nei confronti del socio pubblico della fattispecie codicistica di controllo.

⁹¹ Ai sensi di tale norma, "Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo". Sul controverso problema della rilevanza, ai sensi degli artt. 2497 ss., del controllo congiunto e della direzione e coordinamento in forma congiunta, si rinvia a CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, 1 ss.

unico (ex art. 1, comma 3), che, come si è visto, salvo deroghe di legge, rende applicabili alle società partecipate le norme codicistiche sulle società di capitali, comprese, quindi, quelle di cui agli artt. 2497 ss. (rispetto alle quali non è prevista alcuna specifica preclusione).

Infine, come si è più volte ribadito, le deroghe alla disciplina societaria generale sono ammissibili solo se fondate su di uno specifico testo di legge, non anche se implicitamente desumibili da ulteriori fonti legislative, sicchè, a questa stregua, la citata previsione di cui all'art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009, non può che essere concepita quale norma di stretta interpretazione (peraltro, viziata da sospetto di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.)⁹².

17. (segue):

Precisato ciò in generale, le stesse considerazioni sembrano poter valere, a maggior ragione, per le società *in house*.

Lo stesso controllo analogo ex art. 2 t.u., in forma individuale o congiunta, pare ricadere senza difficoltà nell'ambito di applicazione della normativa sulla direzione e coordinamento (pur se al di fuori della presunzione di cui all'art. 2497-sexies), ovvero, rilevare ex art. 2497-septies, c.c., qualora si fondi su clausole statutarie o contrattuali, nonché su patti parasociali, che, ad esempio, riservino all'ente pubblico il potere di nomina e di revoca di tutti gli amministratori ovvero assegnino ad esso ampi poteri di gestione in deroga all'art. 2380-bis, conformemente a quanto previsto dall'art. 16, comma 2, lett. a)⁹³.

Il controllo cd. analogo, allora, parrebbe rappresentare una delle molteplici manifestazioni della direzione e coordinamento, la cui intensità potrebbe addirittura configurare una violazione *in re ipsa* dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale di cui all'art. 2497, comma 1, c.c.⁹⁴.

Del resto, si è visto come diverse disposizioni del testo unico e, in particolare, quella ex art. 14, comma 6, attribuiscono rilevanza ai risultati di gestione della società *in house*, così imponendo alla pubblica amministrazione di far uso di quei criteri di efficienza e di razionalità

⁹² Sulla necessità di un'interpretazione restrittiva di tale previsione, anche PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, cit., 71; sulla sua natura eccezionale, SBISA', *Direzione e coordinamento*, cit., 73; si veda anche CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c. (art.19, comma 6, d.l. n. 78/2009)*, in *Riv.dir.civ.*, 2010, I, 362.

⁹³ Così, CAPRARA, *Attività di direzione e coordinamento*, cit., 559.

⁹⁴ In tal senso anche FIMMANO', *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 8 aprile 2012, spec. 36 e 39; ID, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Soc.*, 2014, 76.

economica, che ben possono essere compatibili con la prospettiva di “corretta gestione societaria ed imprenditoriale”⁹⁵.

18. Conclusioni.

Alla luce di quanto esposto nel presente scritto, possono essere svolte alcune valutazioni conclusive, sia per quanto riguarda nello specifico le “nuove” società *in house*, sia per quanto riguarda, invece, i riflessi che la relativa disciplina può avere sul sistema.

La ricostruzione interpretativa che si è inteso seguire, volta ad assoggettare la società *in house* al diritto comune, è stata avallata dalle stesse Sezioni Unite, che nella recente pronuncia del 1° dicembre 2016, n. 24591, hanno appunto precisato che “il principio generale dettato dal citato 3° comma dell’art. 1 è destinato a valere anche per le società *in house*, ove non vi siano disposizioni specifiche di segno diverso”⁹⁶.

Ma proprio tale soluzione, che impone il rispetto dei principi inderogabili del diritto societario, accentua l’incompatibilità tra quel modello di derivazione comunitaria (che - come si è visto- configura la fattispecie dell’*in house* solo in mancanza di autonomia strutturale e funzionale tra essa e il socio pubblico che la controlla) e il nostro ordinamento.

Pare perciò evidente che il legislatore, lasciando irrisolte alcune questioni di fondo relative al fenomeno dell’*in house*, ne abbia in linea di principio riconosciuto l’ “anomalia”, ma senza farsi realmente carico di affrontare i problemi e di sanare le contraddizioni che ne stanno alla base.

Da un lato, l’art. 16, comma 2, lett. a), consente, infatti, di derogare la norma che consacra l’esclusività della competenza dell’organo amministrativo in materia gestionale, ma la configurazione della deroga è completamente rimessa all’autonomia statutaria. Dall’altro lato, invece, nessuna norma espressamente deroga l’art. 2247 c.c. o altre disposizioni codicistiche, nell’ottica di consentire una prevalenza dell’interesse pubblico sugli interessi privati ovvero di configurare la società *in house* come “ufficio interno” della pubblica amministrazione, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Perciò, delle due l’una: o la società *in house* è una società di diritto privato e, in quanto tale, sottoposta alle previsioni del diritto societario generale (ma allora sorge il dubbio che non sia una vera e propria società *in house*, perlomeno secondo la concezione propria del diritto comunitario), ovvero,

⁹⁵ Tali considerazioni portano quindi a superare quelle tesi dottrinali che al fine di escludere la soggezione degli enti pubblici (e, in particolare, degli enti pubblici territoriali) a tale disciplina affermano l’esistenza di un’incompatibilità tra “il mestiere” della *holding*- che ha in sé un’intrinseca vocazione imprenditoriale- e il perseguimento di interessi generali: si vedano in particolare, VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., 94 ss.; CARLIZZI, *La direzione unitaria*, spec. 1190 ss. e 1196 s.

⁹⁶ Così, Cass., sez. un., 1 dicembre 2016, n. 24591, par. 3, cit.

essa è pienamente conforme a quei requisiti caratterizzanti la fattispecie dell'*in house* a livello comunitario (ma, in tal caso, non sarebbe ammissibile nel nostro ordinamento, salvo forzature che si porrebbero comunque in contrasto con la legge).

Unica alternativa, rispetto alla presa d'atto dell'incompatibilità di tale istituto con la nostra disciplina societaria, potrebbe allora essere quella di un ulteriore intervento legislativo (magari in sede correttiva del d.lgs., n. 175/2016), volto ad ampliare l'ambito delle disposizioni derogabili, onde consentire una piena rispondenza al modello comunitario dell'*in house*.

Infine, sotto altro versante, pare interessante proporre una lettura alternativa della disciplina del testo unico sin qui esaminata: se, infatti, sino ad ora, la questione principalmente sottoposta agli interpreti era quella dell'applicabilità del diritto societario alle società a partecipazione pubblica, ora ci si può chiedere, con un'inversione di prospettiva, quale possa essere l'influenza delle disposizioni che specificamente regolano tale materia sul diritto societario generale.

Tale quesito implicherebbe preliminarmente di affrontarne un altro (che in questa sede può essere solo accennato), ovvero quello volto a chiedersi sino a che punto la disciplina in questione sia "speciale" e quindi non generalizzabile al di là del settore delle partecipazioni pubbliche ⁹⁷.

Diverse sono le disposizioni del testo unico che si possono prendere in considerazione in tale ottica, o perché costituenti deroghe alla disciplina societaria generale ovvero in quanto risolvono questioni sinora incerte o dibattute nell'ambito del diritto societario (si pensi, in particolare, all' art. 13, comma 2, t.u., che prevede l'applicazione dell'art. 2409 c.c. alla s.r.l., agli artt. 16, comma 2, lett. a), e 17, comma 4, lett. a) e b), che consentono nelle società *in house* e miste di derogare gli artt. 2380-bis e 2409-novies, ovvero, l'art. 2479, comma 1, c.c.).

Ci si limiterà a considerare un paio di esempi.

In primo luogo, ci si può chiedere se le norme che consentono di derogare all'art. 2380-bis (artt. 16, comma 2, lett. a), e art. 17, comma 4, lett. a)), siano davvero "speciali" ovvero non assecondino una più generale tendenza del diritto societario, che, in linea con le indicazioni provenienti a livello comunitario, tende a promuovere una maggiore partecipazione dei soci anche in ambito gestorio, con conseguente riduzione degli ambiti di competenza dell'organo amministrativo ⁹⁸.

⁹⁷ Sul concetto di "specialità" si veda in particolare C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992, 9 ss., secondo cui sarebbero speciali le società che si caratterizzano per qualche difformità rispetto ai modelli societari comuni e quindi per la mancanza di un elemento essenziale della fattispecie.

⁹⁸ Su tali temi, sia consentito rinviare anche per ulteriori riferimenti dottrinali a CODAZZI, *Il voto degli azionisti sulle politiche di remunerazione degli amministratori: la disciplina italiana e il modello comunitario di "say on pay"*, in *Riv. O.D.C.*, 2016, spec. 19 ss.

Inoltre, spunti interessanti paiono provenire da quelle disposizioni della legislazione amministrativa, che, come già si è segnalato, fanno discendere determinati effetti (in termini di decadenza, revoca degli amministratori o decurtazione del loro compenso), dalla produzione di risultati negativi di gestione (tra cui i citati artt. 14, comma 6, e 21, comma 3): dette previsioni, se lette alla luce dei già citati principi di cui agli artt. 97 Cost., 18, comma 1, lett. l), legge delega, potrebbero, non solo rafforzare l'idea che le società a partecipazione pubblica hanno un irrinunciabile carattere di lucratività (del quale spesso si dubita, come già accennato), ma anche consentire di affermare che tale requisito, nel settore delle partecipazioni pubbliche, viene, non solo valorizzato, ma addirittura fatto oggetto di una tutela rafforzata rispetto a quanto non avvenga nell'ambito delle società di capitali a partecipazione privata ⁹⁹.

⁹⁹ In questi termini, GOISIS, *Il problema*, cit., spec. 88, ove, appunto sottolinea come il carattere lucrativo delle società a partecipazione pubblica sia più garantito rispetto a quanto avviene per le società private, data la presenza di norme costituzionali (art. 97) o di legislazione amministrativa poste a suo presidio.